

Arabuluculuk Sürecinin Başlaması, Cereyanı ve Sona Ermesi ile Sürece Egemen Olan İlkeler

I. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

A. Genel Bilgi

Arabuluculuk, bir uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların muhtemel bir anlaşmanın koşullarını karşılıklı olarak müzakere edebilmelerine ve bağımsız, tarafsız ve uzmanlık eğitimi almış bir üçüncü kişinin tarafları bir araya getirerek taraflar arasındaki iletişimi artırması yardımıyla aralarındaki uyuşmazlığı anlayıp uzlaşmalarına ve kendi uyuşmazlıklarına kendileri için en iyi sonucun elde edileceği kendi çözümlerini getirerek uyuşmazlığı en az hasar ile sona erdirmelerine olanak sağlayan, tarafların ortak iradeleri ile başvurdukları ihtiyari bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanabilir¹. Gerçekten de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ("HUAK") tanımları içeren 2. maddesinde de arabuluculuk "*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*" olarak tanımlanmıştır.

¹ Bu konudaki tanımlar için bkz. **Özbek** s. 492; **Tanrıver** s. 165; **Tuğsavul** s. 26-27.

HUAK'ta arabulucu “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi*” olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlık çözümü süreci içinde bir arabulucunun mevcut olması gereklidir². Sürece dahil olan arabulucunun tarafların görüşme masasına oturmasının sağlanması, taraflar arası görüşmelere yardımcı olmak, uyuşmazlığın tarafsız analizi konusunda taraflara yardımcı olmak, tarafların uyuşmazlık çözümüne ilişkin değişik önerileri ile taraf çıkarlarının ortaya konulmasına yardımcı olmak ve taraflarca istenmesi halinde çözüm önerilerinde bulunmak şeklinde işlevleri bulunur³. Arabulucunun işlevlerinden, tarafların istemesi halinde çözüm önerilerinde bulunmak işlevi değerlendirilirken, bu işlevin arabulucunun çözüm üretilmesine katkı sağlaması çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Yani çözüm önerilerinde bulunulabilmesi veya bulunulamaması hususunun katı bir şekilde ve kesin çizgilerle değerlendirilmesinden ziyade, somut uyuşmazlığın durumuna göre arabulucunun tarafsızlık ve güvenilirliğini zedelemeyen bazı öneriler sunabileceğini, buna karşılık bir çözümü dayatmasının söz konusu olamayacağını belirterek arabulucunun çözüm önerileri sunmasının sınırlarının belirlenmesi yerinde olacaktır⁴.

Arabuluculuk sürecinin başlaması için, arabuluculuğun tanımında bulunan “ihtiyari” ifadesinden de anlaşılacağı üzere tarafların arabulucuya gitmek yönünde ortak bir iradelerinin bulunması gerekir. Bu noktada taraflar, arabuluculuğa başvurmak konusunda aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra anlaşabilecekleri gibi, henüz uyuşmazlık çıkmadan önce de muhtemel bir uyuşmazlık halinde arabuluculuğa başvuracaklarını kararlaştırabilirler. Bu ikinci halde anlaşma bağımsız bir sözleşme ile olabileceği gibi taraflar arasındaki asıl borç ilişkisine dair sözleşmeye ekleyecekleri bir şart ile de sağlanabilir⁵.

² Özbek s. 496.

³ Yeşilirmak s. 19; Arabulucunun taraflara çözüm önerileri sunması hakkında ayrıca bkz. Özbek s. 803.

⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 675.

⁵ Kekeç s. 152; Tuğsavul s. 101.

B. Arabuluculuk Sürecinin Başlama Şekli

1. Arabuluculuk Sürecinin Başlamasında Çeşitli Sistemler

Arabuluculuk sürecinin başlaması hususunda çeşitli sistemler bulunur. Bunları mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme içi arabuluculuk ve mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak üç temel başlık altında toplamak mümkündür.

Mahkeme dışı arabuluculuk, tarafların henüz dava açılmadan önce karşılıklı olarak dostane bir çözüm yolu olarak arabuluculuğa başvurmak konusunda ortak iradeleri sonucunda söz konusu olur⁶. Burada taraflar, aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra, ancak dava yoluna gitmeden önce arabuluculuğa başvurmaktadırlar. Bu noktada arabuluculuk süreci işletilebilir ve süreçten sonuç alınabilirse zaten taraflar arasındaki uyuşmazlık ortadan kalkacak ve dostane bir biçimde çözüme ulaşılmış olacaktır. Bunun sonucunda da dava yoluna gidilmesine gerek kalmayacaktır⁷.

Mahkeme içi arabuluculuk ise, uyuşmazlık mahkemeye taşınıp dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulduğunda söz konusu olur⁸. Mahkeme içi arabuluculuk söz konusu olduğunda, arabulucu dediğimiz kişiler aslında arabuluculuk için özel olarak görevlendirilmiş hakimlerden oluşur, yani arabuluculuk sürecini yürüten bizzat hakimin kendisidir ve bu hakimlere “arabulucu-hakim” denilmektedir⁹.

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta ise, tıpkı mahkeme içi arabuluculuk gibi açılmış bir dava söz konusudur. Buna karşılık mahkeme içi arabuluculukta gibi arabuluculuk faaliyeti arabulucu hakim tarafından değil, mahkeme dışında bir arabulucu tarafından yürütülmektedir.

⁶ Işıқтаç s. 10; Ayrıca bkz. Tuğsavul s. 164.

⁷ Işıқтаç s. 10.

⁸ Işıқтаç s. 10.

⁹ Tuğsavul s. 165.

Burada mahkeme somut duruma göre uyuşmazlığı çözmesi için bir arabulucu da atayabilir, arabuluculuğun gerçekleştirilmesi için duruşmayı da erteleyebilir¹⁰.

2. Türk Hukuku'ndaki Durum

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre Türk hukukundaki sistemin mahkeme dışı arabuluculuk ile mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemlerinin bir karması şeklinde karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Zira taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözmek adına mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvurabilecekleri gibi, mahkemeye başvurduktan sonra da arabuluculuğa başvurabilirler. Bunun da ötesinde, dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurmaya hiçbir teşvik ve yönlendirme olmaksızın taraflar tamamen kendileri karar verebileceği gibi, mahkeme de tarafları arabuluculuğa başvurmaları konusunda teşvik edebilir¹¹.

C. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

Ülkemizde arabuluculuk sürecinin başlaması mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi ile taraflardan birinin arabuluculuğa başvurmayı teklif etmesi hallerinde mümkün olur. Bu ikinci halde arabuluculuğa başvurmayı teklif etme durumu dava açılmasından önce de sonra da mümkün olabilmektedir.

1. Mahkemenin Tarafları Arabuluculuğa Teşvik Etmesi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. Maddesinin 1. fıkrası ve 320. maddesinin 2. fıkrası ile hüküm altına alınmış olduğu üzere, gerek yazılı yargılama usulünde ve gerekse basit yargılama usulünde, mahkemelere ön inceleme aşamasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etme ödevi yüklenmiştir. Buna ek olarak HUAK m.13/f.1'de de

¹⁰ Tuğsavul s. 165.

¹¹ Özbek s. 805.

tarafkların davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurabilecekleri ve mahkemenin de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda arabuluculuk sürecinin mahkemenin teşvik etmesi üzerine başlaması mümkündür.

2. Taraflardan Birinin Arabuluculuğa Başvurmayı Teklif Etmesi

Arabuluculuk süreci, taraflardan birinin diğer tarafa arabuluculuğa başvurmayı teklif etmesi üzerine de başlayabilir. Bu teklif dava açılmadan önce yapılabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da yapılması mümkündür (HUAK m.13/f.1). Burada arabuluculuğa başvurulması yönündeki teklifin karşı tarafça da kabul edilmesi gerekir¹². Taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine, teklifin diğer tarafa ulaşmasından itibaren otuz gün içinde olumlu cevap verilmezse bu teklif reddedilmiş sayılır, yani teklifin yukarıda belirtilen süre içinde kabul edilmesi gerekir; ancak bu süre tarafların anlaşması halinde kısaltılabileceği gibi, uzatılması da mmkndr¹³.

3. Arabuluculuk Sürecinin Başlamasının Etkileri

HUAK m.16/f.2'ye göre arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü srelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Tarafların arabuluculuğa başvurmaya daha güven içinde ve dolayısıyla daha zgr olarak karar verebilmesi adına, HUAK m.16/f.2'deki bu hüküm, özellikle dava açılmasından önce arabuluculuğa başvurulduğu halde önem arz eder; çünkü adı geçen hüküm olmasaydı dava açılmasından önce arabuluculuğa başvurulması halinde uyuşmazlık konusu hak ve taleplerle ilgili dava açılmadığı için zamanaşımı süresi kesilmezdi¹⁴. Bu çerçevede adı geçen hüküm ile

¹² zbek s. 808.

¹³ zbek s. 808.

¹⁴ zbek s. 814.

zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçirilmesi nedeniyle yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçilmesi sağlanmıştır. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında Rec (2002)10 sayılı tavsiye kararının (Council of Europe – Recommendation Rec (2002)10 on Mediation in Civil Matters) üçüncü ilkesi incelendiğinde de tarafların mahkemeye başvuru hakkının arabuluculuğa başvurmaları halinde de korunması gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak adı geçen tavsiye kararında, arabuluculuğun gereksiz gecikmelere neden olması ve arabuluculuğun bir geciktirme taktiği olarak kullanılmasının önüne geçilmesinin gerekliliği de vurgulanmıştır¹⁵. Bu çerçevede HUAK'taki düzenlemenin Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararında yukarıda vurgulanan ilke ve gereklilikleri sağladığı söylenebilir.

Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulduğu durumda HUAK m.15/f.5 ile HUAK m.19/f.6'ya göre dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir ve bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine bir defaya mahsus olmak üzere üç aya kadar uzatılabilir.

4. Arabulucunun Seçilmesi

HUAK m.14'e göre başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Bu noktada unutulmaması gereken husus şudur ki, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için her zaman güvendikleri bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak seçebilirler; fakat bu kişilerin arabuluculuk unvanını ve HUAK'da belirtilen hak ve yetkileri resmi olarak kullanabilmeleri mümkün değildir¹⁶. Bu çerçevede HUAK'da belirtilen güvenceli sonuçların elde edilebilmesi ve ilgili prosedürlerin işletilebilmesi için, tarafların

¹⁵ Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı 3. ilke.

¹⁶ Özbek s. 810.

seçeceği arabulucunun HUAK’da belirtilen arabulucu tanımına uygun olması ve arabuluculuk faaliyetinin de yine HUAK’a uygun şekilde yürütülmesi gereklidir¹⁷.

II. ARABULUCULUK SÜRECİNİN CEREYANI

A. Açılış Oturumları

HUAK hükümlerine göre arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Bu toplantıda arabulucu taraflara rolünü ve prosedürün nasıl işleyeceğini açıklarken, taraflar da arabulucuya sorularını sorma ve izlenecek usulü tartışma fırsatı bulurlar¹⁸. Bu aşamada arabulucu aydınlatma yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmaktadır¹⁹. Bu aşamada tarafların arabuluculuk sürecinde izlenecek usulü tartışma fırsatı bulması, arabuluculuğun niteliği gereği esnek bir yapıya sahip olup, katı usul kurallarına bağlı olmamasından gelmektedir²⁰. Bu çerçevede taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar arabuluculuk usulünü kararlaştırmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.

B. Müzakerelerin Yürütüldüğü Aşama

Arabuluculukta tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesi esas olduğundan, arabuluculuk faaliyetinden en çok verimin alınabilmesi için tarafların müzakerelere bizzat katılması önem arz etmektedir. Buna karşılık avukatların, arabuluculuk görüşmelerinde olası anlaşma seçenekleri, mahkemeye gidilmesi halinde elde edilebilecek sonuçlar hakkında

¹⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes s. 674.

¹⁸ Kekeç, s.183-184; Tuğsavul s. 177.

¹⁹ Tuğsavul s. 177-178.

²⁰ Halıcı/Toprak s. 33.

hukuki bilgi verilmesi, stratejik destek sağlanması, genel olarak tavsiyelerde bulunulması gibi çeşitli ve önemli rolleri bulunduğundan tarafları temsilen arabuluculuk görüşmelerine katılmaları mümkündür²¹.

HUAK ile arabulucuya taraflar ile ayrı ayrı görüşme imkanı da tanınmıştır. Bu özel oturumlar tarafların kendi içlerindeki ilişkilerde problem yaşamaları, tarafların düşünceleri daha özgür değerlendirebilmelerinin gerektiği ve ortak oturumlarda ancak baskı altında fikir geliştirebildikleri hallerde bir gerekliliktir²². Taraflarla ayrı ayrı görüşmek kimi durumlarda sürecin işleyebilmesi adına çok daha yararlı ve hatta bazen sürecin devamlılığı için zorunlu dahi olabilir. Ancak taraflarla ayrı ayrı görüşülürken, taraflarda arabulucunun tarafsızlığı ve güvenilirliği hakkında soru işaretleri oluşmasına mahal verilmeden görüşmeler yürütülmelidir²³. Zira taraflarla ayrı ayrı görüşüldüğünde iletişim ile ilgili tüm sorumluluk taraflardan alınarak arabulucuya yüklenmiş olacaktır²⁴.

Müzakerelerin yürütüldüğü aşamada arabulucunun faaliyetinin bazı sınırları bulunur. Bu husus HUAK m.19/f.5'te *“Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.”* şeklinde düzenlenmiştir. Burada arabulucunun tarafların önerilerini diğer tarafa iletmesinin bir çözümü empoze etme şeklinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmek gerekir. Zira HUAK gerekçesindeki ifadeler de bu yöndedir.

²¹ Kekeç s. 177.

²² Kekeç s. 191.

²³ Pekcantez/Atalay/Özkes s. 677.

²⁴ Kekeç s. 192.

Bu çerçevede arabulucunun taraflara bir çözüm önerisini empoze etmeksizin, bağımsız ve tarafsızlığını da koruyarak, tarafların üzerinde anlaştıkları hususları ön plana çıkartmak suretiyle belli çözüm önerileri sunmasının arabulucunun çözüm üretilmesine katkı sağlaması şeklinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Ancak arabulucunun tamamen kendi başına bir çözüm önerisi ortaya çıkartması, taraflarda arabulucunun tarafsızlığı hakkında soru işaretlerine yol açarak, arabuluculuk sürecini olumsuz etkilemeye müsait bir durumdur. Zira taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler ve gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Buna ek olarak arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür ve arabulucunun bu konuda taraflarda bir tereddüt uyandırması sürecin anında sona ermesine dahi sebep olabilecek niteliktedir. Bu nedenle arabulucunun tarafların üzerinde anlaştıkları hususları ön plana çıkararak öneriler sunması halinde dahi oldukça dikkatli ve özenli davranması, sürecin işlerliğini tehlikeye atmaktan kaçınması gerekir.

Müzakerelerin yürütüldüğü aşamada tarafların uyuşmazlık konusu hakkında tüm maddi vakıaları ortaya koyması gerekir; çünkü arabuluculuk menfaat temeline dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlenen bilgiler olması ve bunların ileride ortaya çıkması halinde yeni ve başkaca sorunlar gündeme gelebilecektir; ancak böyle bir sonucun önüne geçilip gelecekte de varlığı sürdürebilecek bir çözüm üzerinde anlaşılması gerekir²⁵. Bu noktada arabulucunun da objektif, tarafsız ve bağımsız bir gözlem yapması önemlidir. Zira tarafların menfaatleri ile maddi vakıaları sürecin başından itibaren mümkün olduğunca doğru bir biçimde saptayan arabulucu, çözüm üretilmesine katkı sağlarken iki tarafın da menfaatini eşit bir şekilde gözetebilecek, bu çerçevede bağımsızlığını ve tarafsızlığını da daha rahat koruyabilecektir.

²⁵ Tuğsavul s. 178.

Bu aşamada müzakereler yürütülürken arabulucu taraflara birbirlerinin menfaatlerini anlamaları için sorular sorabilir, ve hatta taraflardan diğer tarafın menfaatini anlatmalarını da isteyebilir²⁶. Buna karşılık, özellikle ortamın gergin olduğu bir atmosferde, ilişkilerin zedelenmiş olduğu durumda ve tarafların birbirleriyle kurdukları iletişimden verim alınamaz hale gelindiğinde, taraflardan tüm menfaatlerini doğrudan açıklamalarının beklenmesi güçtür. Bu noktada arabulucu taraflarla ayrı ayrı görüşme ve iletişim kurma yoluna gidilebilir. Böyle bir durumda taraflarla yalnız görüşme, birçok arabulucu için arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanması için bir anahtar olarak görülmektedir²⁷, çünkü süreç artık taraflarla ortak görüşmelerden verim alınmadığı noktaya geldiğinde ayrı ayrı görüşme yoluna gidilmezse muhtemel olarak taraflardan biri masadan kalkacak ve süreç anlaşma olmaksızın sona erecektir.

Menfaatler karşılıklı olarak açıklanıp her iki tarafça anlaşıldıktan sonra müzakerelerde tarafların çözüm önerileri sunması beklenir. Bu aşamada karşılıklı yapılacak beyin fırtınası ile her bir tarafın mümkün olduğunca fazla sayıda ve yaratıcı şekilde, arabuluculukta temel haklılık değil menfaat olması nedeniyle uyuşmazlığı her iki tarafın menfaatine uygun biçimde ve yine haklılık değil menfaat temeline dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi içinde oldukları için geçmişte yaşananları geçmişte bırakarak geleceğe dönük çözümler üretmeleri gerekmektedir²⁸. Kaldı ki mahkeme yerine arabuluculuk yöntemine başvurulmasının bir nedeni de çoğu zaman mahkemede bir tarafın kazanan ve diğer tarafın kaybeden olmasına karşılık, arabuluculuk yönteminde taraflar kendi çözümlerini kendileri ürettiği için her iki tarafın da kazandığı, yani menfaatlerinin dengelendiği bir çözüme ulaşılmasının sağlanabilecek olmasıdır. Bu nedenle taraflarca üretilen çözüm önerilerinde de uyuşmazlığın çözüm şeklindeki “dostane” kavramı önem kazanmaktadır ve karşı tarafın menfaatinin de göz

²⁶ Tuğsavul s. 178.

²⁷ Tuğsavul s. 179.

²⁸ Tuğsavul s. 179.

önüne alınması, her iki taraf için de daha uygun bir çözüme ulaşılmasını sağlayacaktır. Ayrıca burada her iki tarafın menfaatine uygun bir çözüm üretilmesine dayanan kazan-kazan prensibine göre de mahkemenin vereceği karardan farklı olarak tamamen yaratıcı ve tarafların menfaatine uygun bir çözümün kabulü de mümkündür²⁹.

Unutulmamalıdır ki arabuluculuk süreci sonunda taraflardan her biri kendi menfaatini en az karşı tarafın menfaati kadar gözetken bir çözüm üzerinde anlaşmak isteyecektir. Bu çerçevede genelde karşı karşıya gelen tarafların kazan-kaybet prensibinde hareket edip, kendilerinin kazanan ve karşı tarafın ise kaybeden konumunda olmasını istemesine karşılık arabuluculukta kazan-kazan teorisinde bulunan “bizim kazanmamız için onların da kazanması gerekli” şeklindeki düşünce kalıbından hareket edilmesi, üzerinde anlaşılabilir bir çözümün yaratılması açısından ciddi bir gerekliliktir³⁰.

III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ

A. Arabuluculuk Süreci Sona Erdiğinde Düzenlenen Tutanak

Arabuluculuk süreci sona erdiğinde, arabulucu tarafından bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği ile sona erdiği durumda da ne zaman sona erdiği konusunda bir tereddüt oluşmasının önüne geçer³¹. Bu tutanak da esasında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulduğu durumda hak düşürücü süreler ile zamanaşımı konusunda önem kazanacaktır. Zira hak düşürücü süreler ile zamanaşımının hesabında arabuluculuğun bitiminden sonrası önem arz edecektir.

²⁹ Snelson s. 2.

³⁰ Snelson s. 9.

³¹ Halıcı/Toprak s. 37.

B. Arabuluculuk Sürecinin Anlaşma ile Sona Ermesi

Arabuluculuk sürecinin tarafların bir çözüm üzerinde anlaşması ile sona erdiği halde taraflar isterlerse bu çözümü bir metne dökmeyebilirler; çünkü sorunun çözüldüğü durumda zaten amaç gerçekleşmiş olacaktır³². Ancak kanun koyucu, taraflara bir anlaşma belgesi düzenleme imkanı da tanımıştır ki; bu anlaşma belgesi de anlaşma kapsamında daha sonradan bir uyuşmazlık çıkması halinde taraflara üzerinde anlaşılan çözümün yazılı şekilde belgelenmesi imkanını sağlayacaktır. Bu belge yazılı olmalıdır ve taraflar ile arabulucu tarafından imzalanmalıdır ve kanunda öngörülen bu şekil şartının arabuluculuk anlaşması için geçerlilik şartı olduğu söylenebilir³³.

Yazılı bir şekilde anlaşma belgesi düzenlenecek ise, bu belge yazılı olarak düzenlenmeden önce anlaşmanın pratikte denenmesinde fayda vardır. Yani tarafların temel menfaatlerinin karşılanıp karşılanmadığı hususunda bir test yapılarak, zayıf noktalar veya ileride uyuşmazlık çıkmasına neden olabilecek konular varsa, bunların imkan varken düzeltilmesi adına yazılı anlaşma belgesi ortaya çıkartılmadan önce anlaşmanın test edilmesinde yarar bulunmaktadır³⁴.

Bu belge tarafların arabuluculuk müzakereleri sonucunda vardığı anlaşmayı, anlaşmış oldukları noktaları içerir. Bir diğer deyişle bu durumda taraflar uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmış olurlar. Doğal olarak bu anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir (HUAK m.18/f.1). Bu anlaşmada belirlenen hususların açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi önem arz etmektedir. Zira “adil”, “kabul edilebilir”, “makul bir şekilde” gibi kesin ve belirli olmayan ifadeler daha sonra tarafların anlaşmanın bu maddelerini kendi lehlerine yorumlaması suretiyle yeni anlaşmazlıklara yol açıp, uyuşmazlığın tamamen sona ermesini engelleyebilirler³⁵.

³² Pekantez/Atalay/Özkes s. 678.

³³ Tuğsavul s. 191.

³⁴ Kekeç s. 206.

³⁵ Kekeç s. 207.

Bir anlaşma belgesi düzenlendiği halde de taraflara mahkemedен bu anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Eğer taraflar bu şerhin verilmesi için başvurur ve mahkeme de anlaşmaya bu şerhi verirse, bu durumda arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan anlaşma ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Bu şerh sonrasında anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge durumuna geldiği için, ilamlı icraya konu edilmesi de mümkün hale gelmiş olur. Bu sayede arabuluculuktan alınan sonuç da güçlendirilmiş olmaktadır.

IV. ARABULUCULUK SÜRECİNE EGEMEN OLAN İLKELER

A. Genel Bilgi

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine egemen olan temelde iki ilke bulunmaktadır. Bunlar, iradi olma ve eşitlik ilkesi ile gizlilik ilkeleridir. Bunlardan gizlilik ilkesi de esasında arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği ile delil ve tanıklık yasağı olarak ikiye ayrılabilir. Bu ilkelerin dışında da arabuluculuk sürecinde etki gösteren ve daha çok arabulucuya dair olan görevi özenle, tarafsız ve bağımsız biçimde yerine getirme yükümlülüğü, tarafları aydınlatma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkı gibi bazı hak ve yükümlülükler bulunur.

B. İradi Olma ve Eşitlik

Bavyera ve Baden Württemberg Eyaletleri gibi bazı hukuk düzenlerinin³⁶ aksine HUAK ile ülkemiz hukuk düzeninde arabuluculuğa başvuru tamamen tarafların iradelerine bırakılmıştır (HUAK m.3/f.1). Daha önce değinildiği gibi davayı görmekte olan hakim de tarafları

³⁶ Anılan düzenlerde sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren ve konusu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklarda, belirli komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, basın veya yayın yolu ile olmamak üzere kişinin şerefine ve haysiyetine yönelik saldırılardan doğan uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması hakkında bkz. **Tuğsavul** s. 125.

arabuluculuğa teşvik edebilir. Ancak bu durumda dahi tarafların iradeleri arabuluculuğa başvurmak yönünde olmadığı sürece hakim re'sen arabuluculuğa başvurulmasına karar verememektedir.

İradi olma ilkesi kapsamında arabuluculuğa başvurmaya ek olarak, süreci devam ettirmek, sonlandırmak ve hatta süreci anlaşarak veya anlaşmayarak sonlandırmak dahi tamamen tarafların iradelerine kalmıştır. Hatta anlaşıldığı durumda bu anlaşmayı yazıya döküp dökmeme ve anlaşmanın kapsamını belirleme konusunda da tamamen tarafların iradeleri egemendir.

Arabuluculukta kararı veren bir üçüncü kişi veya kurum olmayıp, çözüm önerisini ve dolayısıyla anlaşmayı taraflar bizzat ortaya çıkarttıkları için devlet mahkemelerinde dava açılsaydı olacağı gibi, iradi bir yöntem olarak başvuru arabuluculukta da taraflar tamamen eşittirler (HUAK m.3/f.2). Yargı organları önünde uyuşmazlıklar çözülürken adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak eşitlik söz konusudur³⁷. Her ne kadar bir yargılama faaliyeti söz konusu olmasa da, arabuluculukta da bir uyuşmazlık çözümü söz konusudur ve burada da eşitlik ilkesinden vazgeçilmesi düşünülemez.

C. Gizlilik

1. Genel Bilgi

Gizlilik ilkesi taraflar arasındaki uyuşmazlığın içeriğinin ve uyuşmazlık sürecinde ileri sürülen bilgi ve belgelerin açıklanmamasını ve başkalarına iletilememesini ifade eder³⁸. Bu kapsamda süreçte yaşananlar, ortaya çıkarılan bilgi, belgeler ile beyanların ileride taraflar aleyhine kullanılmayacağını bilmek tarafların sürece duyduğu güveni artıracığından, taraflar açısından teşvik edici bir sonuç doğuracaktır.

³⁷ Tuğsavul s. 134.

³⁸ Tuğsavul s. 135.

Gizlilik ilkesi çerçevesinde öncelikle belirtilmelidir ki, her ne kadar Anayasa’da aleniyet ilkesi teminat altına alınmış olsa da, arabuluculukta bir yargılama faaliyeti söz konusu olmadığından dolayı gizlilik ilkesi Anayasa’ya aykırılık oluşturmayacaktır³⁹.

2. Arabuluculuk Müzakerelerinin Gizliliği

Arabuluculuğa başvuran tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk ile çözmek istemelerinin bir nedeni de kimi zaman gizlilik olacağından⁴⁰ ve arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümünde gizlilik ve dolayısıyla güvenilirlik de çözüme ulaşmada en önemli gerekliliklerden olduğundan⁴¹, gizlilik ilkesi kanun ve yönetmelik ile güvence altına alınmıştır. Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olmasına ek olarak, gizlilik ilkesinin kapsamı arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemeyeceği ile ses ve görüntü kaydı da yapılamayacağını da içerecek şekilde belirlenmiş, ve hatta gizlilik kuralına aykırı hareket etmeme sonucunda yaptırım da öngörülmüş, gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü altında olan kişilere de arabulucunun kendisine ek olarak yanında çalışan ve staj yapan kimseler de dahil edilmiştir. Gizlilik ilkesi çerçevesinde gizliliğe uyma yükümlülüğü yukarıda açıklanan kapsama ek olarak, aksi kararlaştırılmadıkça tarafların da bu gizliliğe uymak zorunda olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşılık belirtmek gerekir ki, farklı görüşler⁴² olsa da, taraflarla ayrı ayrı görüşülmesi halinde elde edilen bilgilerin, ilgili taraf bu bilginin gizli kalmasını istemedikçe arabulucu tarafından diğer tarafa aktarılması mümkündür⁴³.

³⁹ **Tıktık** s. 63.

⁴⁰ **Halıcı/Toprak** s. 35.

⁴¹ **Tuğsavul** s. 134.

⁴² Tarafların “açık rızası” olmadıkça taraflarla ayrı ayrı yapılan görüşmelerde edinilen bilgilerin arabulucu tarafından diğer tarafa aktarılamayacağı hakkında bkz. **Tıktık** s. 45.

⁴³ **Kekeç** s. 93.

3. Delil ve Tanıklık Yasağı

Gizlilik ilkesinin bir gereği olarak, arabuluculuk sürecinde yapılan müzakerelerin içeriği ile birlikte müzakerelerde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalması gerektiği, özellikle arabuluculuk sürecinden sonra uyuşmazlık konusu ile ilgili dava veya tahkim yoluna gidilmesi halinde önem kazanacaktır⁴⁴. Zira arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği çerçevesinde tarafların bu bilgi ve belgelerin açıklanmasını istemiyor olabileceğine ek olarak bu bilgi ve belgelerin daha sonra kendileri aleyhine delil olarak kullanılamayacağına da bir güven duymaları gerekir ki bu bilgi ve belgeleri rahatça açıklayabilsinler ve geleceğe dönük, kalıcı bir çözüm elde edilebilsin. Zira gizliliğin korunması ile sağlanmak istenen de tarafların menfaatlerini açıkça ortaya koyması ile içtenliğin ve güven ortamının tesisidir⁴⁵.

Gizlilik ilkesine ilişkin düzenlemede sayılan beyan ve belgeler delil olarak kullanılamayacağı gibi, bunlar hakkında tanıklık da yapılamaz. Bu beyan ve belgeler gizlilik yükümlülüğüne aykırı şekilde delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. O kadar ki, bu bilgilerin açıklanmasını mahkemenin, hakemin veya herhangi bir idari makamın istemesi de mümkün değildir. Bu bilgi ve belgelerin açıklanması ancak bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icra edilebilmesi için gerekli olduğu ölçüde mümkündür. Buna karşılık, Kanun'da belirtilen beyan ve belgelere ilişkin delil ve tanıklık yasağı saklı kalmak üzere, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta ileri sürülmüş oldukları için kabul edilemeyecek delil haline gelmezler. Zira gizliliğe ilişkin ilkenin tarafların ispat hakkını ortadan kaldırmaması gerekir⁴⁶. Bu çerçevede arabuluculuk faaliyeti hiç gündeme gelmiş olmasaydı da, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyorlardıysa ve bu delili mahkemede veya tahkimde geçerli

⁴⁴ Halıcı/Toprak s. 35.

⁴⁵ Tıktık s. 47.

⁴⁶ Tıktık s. 48.

delil olarak ileri sürebiliyorlardıysa, bu delilin sırf arabuluculukta ileri sürülmüş olması delili geçersiz hale getirmeyecektir⁴⁷.

HUAK m.33'te gizlilik ilkesine aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınarak, gizlilik ilkesinin yaptırımını da belirlenmiştir.

D. Arabuluculuk Sürecine Egemen Olan Diğer İlkeler

Yukarıda da açıklandığı üzere HUAK çerçevesinde arabuluculuk sürecine egemen olan temelde iki ilke bulunur ve bunlar iradi olma ve eşitlik ile delil ve tanıklık yasağıdır. Ancak bunlar dışında da arabuluculuk sürecinde etki gösteren ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerden bir kısmı kanunda da kendini göstermekle birlikte, daha çok genel anlamda arabuluculuğa ilişkin ilkelerdir. Bunlar;

- Bir arabulucunun mevcut olması,
- Arabulucunun tarafsızlığı,
- Arabulucunun bağlayıcı bir karar verme yetkisinin bulunmaması,
- Arabulucunun yetkisinin taraflardan kaynaklanması,
- Arabuluculukta karşılıklı anlaşmaya dayanan bir çözümün esas olması,
- Arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünün amaçlanması,
- Arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünün kolaylaştırılması,
- Arabuluculukta güvenli bir müzakere ortamının hazırlanması,
- Arabuluculukta uyuşmazlık çözümünde iletişim yetkisinin bizzat taraflarda olması,
- Arabuluculukta gizliliğin güvence altında olması,
- Arabulucunun taraflara bağımsız tavsiyelerde bulunamaması,

⁴⁷ Gereke m. 5.

- Arabuluculukta ihtilafın ve husumetin artmasına engel olacak şekilde anlaşmazlığın kontrol altına alınması

şeklinde sıralanabilir⁴⁸. Bu ilkelerden bir kısmı HUAK'a açıkça yansımış olmakla birlikte bazılarının açık hükümler şeklinde kanunda görülmesi mümkün olmasa da, bu temel ilkelerin bütün arabuluculuk türlerinde aynı olduğu söylenmekte olduğu⁴⁹ düşünüldüğünde ülkemizde yürütülen arabuluculuk faaliyetlerinde bu ilkelerinde göz önüne alınmasında fayda bulunmaktadır.

V. SONUÇ

Ülkemiz hukuk düzeninde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yer edinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanan arabuluculuk yöntemi esasında taraflar açısından da mahkemeler açısından pek çok fayda barındırmasına rağmen, ülkemizde hala gerektiği gibi işletilebilmeye başlanmış değildir. Kanun ve yönetmelik çerçevesinde teoride oldukça başarılı sonuçlar alınabilecek olan bu dostane uyuşmazlık çözüm yönteminden beklenen verimin alınabilmesi için toplumun da bu tip yöntemlere hazırlanması gerekir. Dostane bir yöntem ile aralarındaki uyuşmazlığı çözmek konusunda istekli olan ve düşmanlık duygularını bir kenara bırakarak çözüm odaklı hareket etmeye hazır olan taraflar arasında, kazan-kazan sonucunun elde edilebileceği bir yöntem olan arabuluculuk, gerek sürecin işleyiş biçimi ve gerek sürece egemen olan ilkeler çerçevesinde, oldukça verimli ve taraflarca istenen sonuçlara en yakın sonucun elde edilebileceği bir dostane uyuşmazlık yöntemi olup, bu yöntemin zaman içerisinde daha geniş kitleler bağlamında işlerlik ve uygulama alanı kazanması, ülkemiz yargısına büyük katkıda bulunabilecektir.

⁴⁸ Özbek s. 496-512.

⁴⁹ Özbek s. 496.

KAYNAKÇA

Halıcı Ali/Toprak Musa, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 1. B., Ankara 2014.

Işıқтаç Yasemin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, İstanbul 2014.

Kekeç Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Doktora Tezi, 2010.

Özbek Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009.

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.

Snelson Stuart, Win-Win Theory For Win-Win Success: Introduction to Win-Win Theory and the Science of Social Causality, 2004, <http://www.investmenttools.com/pdf/winwin2.pdf> (Erişim Tarihi: 15.06.2016).

Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64, Ankara 2006.

Tuğsavul Taşpolat Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Yazıcı Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Doktora Tezi, 2010.

Yeşilirmak Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

Diğer Kaynaklar

Council of Europe Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member states on mediation in civil matters,

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2002\)10&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2002)10&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6) (Erişim Tarihi: 15.06.2016).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Madde Gerekçeleri,

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>

(Erişim Tarihi: 15.06.2016). (Gerekçe).